✠

POR

LOS PATRONOS

DE EL PATRONAZGO QVE fundô Don Luis de Villegas, para casar Donzellas pobres: Y Doña Mariana de Villegas, muger de Geronimo Lopez de la Lastra su vsufructuaria: y de Doña Bernarda de Bocanegra muger de Iuan Ramirez de Arellano,

EN EL PLEYTO

CON D. POLONIA

MARIA MONTERO, MVGER DE Don Diego de Truxillo.

Se suplica a V. S. passe los ojos por este breue apuntamiento.


L caso es, que auiendo Don Luis de Villegas dexado en su testamento por heredera vniuersal a Doña Ana Francisca de Villegas su hija, niña de dos años, dispuso, que si la suso dicha muriesse en la edad pupilar, su herencia y todos los bienes de la dicha Doña Ana Francisca, se diuidiessen en tres partes, la vna para la dicha Doña Polonia Montero su muger y madre de la menor. De la otra se fundasse vn Patronazgo para casar Donzellas huerfanas de la Parrochia de la Magdalena, con q̃ fuesse vsufructaria por los dias de su vida Doña Mariana de Villegas su hermana. Y la otra mandò a Doña Bernarda de Bocanegra su hermana, y a sus hijos y descendientes

por via de vinculo y mayorazgo. Murio el dicho Dō Luis con esta disposicion, y de alli a dos años murio la dicha Doña Ana Francisca en la edad pupilar, con cuya muerte han ocurrido las partes, pidiendo la possession de sus bienes; la madre como heredera abintestato, por el remedio de la ley de Soria, y los substitutos pupilares como herederos ex testamēto, por el remedio de el edicto diui Adriani. El Teniēte prefiriô en este concurso a la madre, y le mādô dar la possession como heredera abintestato, de que apelarō los substitutos, y pretenden se ha de reuocar el Auto, y se les ha de dar a ellos la possession pro in diuiso, como la tienen pedido.

1 Dos remedios possessorios se han intentado en este pleito, y ambos tienen por fundamento leyes de estos Reynos. El vno es el de el edicto diui Adriani, que se dà al heredero instituido vniuersalmente en el testamento, *ex. l. fin. Cod. de edicto diui Adrian. toll. l. 2. titulo 14. parte 6. & l. 3. titu. 13. lib. 4. Recopil.* El otro es el de la ley de Soria, que es la dicha. *l. 3. titu. 13. lib. 4. Recop.* que compete a los herederos abintestato.

2 Pero estos dos remedios son en el todo contrarios, que no pueden concurrir en vn tiempo, porque auiendo heredero ex testamento, no le puede auer abintestato. Y siempre es preferido la succession ex testamento a la otra. *l. quādiu*, la. 2. *ff. de acquir. possessione*, ibi: *Quādiu potest ex testamento adiri hæreditate, ab intestato non defertur. l. neque is, §. hæres. ff. eodem titu.* & ibi com. Doctores. late Ruin *consil. 36. num. 10. ver. 3.* Gutierr. *lib. 2. canoni. q. 1. numer. 65.* & cum Hondedeo, & Fachineo, & aliis. Guiurba *dicis. 11. num. 5.* Y porque fundandose que en este caso ay sucession ex testamento cō los substitutos pupilares, cessa el remedio de la ley de Soria, y se les debe dar la possession, se harà con toda claridad, por la clausula de la dicha sobstitucion, que es del tenor siguiente.

Clausula de la substitucion pupilar.

3 *ITem, pagado y cumplido este mi testamento, instituyo y nombro por mi vnica y vniuersal heredera a Doña Ana Francisca de Villegas*

gas mi hija legitima, y de la dicha Doña Polonia mi muger, de edad de dos años, para que como tal mi heredera aya y goze todos mis bienes, y hazienda, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas que tengo y de mi quedarẽ, y en qualesquier manera me pertenecieren, con la vẽdicion de Dios y de la mia: y si caso fuesse que falleciesse dentro de la edad pupilar, conformandome con las leyes destos Reynos; mando q̃ la hazienda que de mi heredare la dicha mi hija y todo lo demas que en qualquiera manera le pertenezca, se haga tres partes: Vna dellas la aya, y tome para si la dicha Doña Polonia Maria Montero mi muger, su madre: y la otra, mando que mis Albaceas hagan vn Patronato para casamiento de Dõzellas pobres, de la Collacion dela Magdalena desta Ciudad, casando cada vn año las q̃ bastare y cupiere, dãdo a cada vna cien ducados en bellon: con aduertẽcia que si viuiere Doña Mariana de Villegas mi hermana, goze de toda esta renta deste Patronato todos los dias de su vida, y despues de su muerte desde en adelante se empiece a executar el dicho Patronazgo, para casamiento de dichas Donzellas. Y la otra tercera parte restante, se imponga en renta, y goze de ella Doña Bernarda de Bocanegra mi hermana, miẽtras viuiere, y despues della sus hijos, descendientes legitimos, varones y hembras, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hẽbra, &c. Y haze otros muchos llamamientos, y en defeto de todos haze otra obra pia perpetua, y prohibe la enagenacion: y luego dize estas palabras: *Y en esta conformidad hago la dicha institucion de herencia, porque assi es mi voluntad.*

4 No se puede dudar que todo lo que contiene esta Clausula es vna substitucion pupilar expressa, diuidida en tres porciones hereditarias, porque es hecha por el padre a su hija menor, que tenia debaxo la patria potestad, que estaua en la edad pupilar, y que se nombrò specificamente el tiempo de la pupilar, y que comprehendio los bienes del padre vniuersalmente, y los del hijo vniuersalmente, que son los requisitos de que se forma la substitucion expressa pupilar, *ex l. 1. §. 1. & l. qui liberos ff. de vulgari, & pupil.* glos. in *l. precibus Cod. de impuberum*, & alijs, Anton. Gom. *tom. 1. var. cap. 4. nu. 1. & 2.* Menoch. de presumpt. *lib. 4. presumpt. 34. n. 16.* Marescot. *lib. 2. variar. capi. 103. n. 1.* Vicen. Fusar. *consi. 185. n. 22. & 23.*

5 Y cosa es notoria y vulgar, que la substitucion pupilar

que

que el padre haze, se dize y es testamento del hijo, y por el se dize morir el pupilo con testamento, y ser su heredero el substituto pupilar. *l. 2. ff. de vulgari. l. patris & filij, eod. titul. l. Papinianus. §. sed neque in puberis. ff. de inofficioso testamento. §. igitur, institu. de pupilari substitut.* Anto. Gomez, *vbi supra num. 3.* Mantica *de coniectur. vltim. lib. 5. titu. 9. num. 7. & 12.* & pluribus relatis Giurba *decis. 11. n. 4.* Fusar. *de substitutione pupilari q. 156.* & alij plures.

6 Y como tales herederos vniuersales les compete a los substitutos pupilares el remedio possessorio del edicto Diui Adriani. *l. 2. tit. 14. p. 6.* De la misma manera que a los herederos, con tal diferencia que a los herederos se les da con solo mostrar el testamento en que estan instituidos por herederos; pero a los substitutos pupilares, mostrando auer llegado el caso de la substitucion, que es la muerte del menor en la edad pupilar. Bart. *in l. fin. Cod. de edict. Diui Adriani. num. 9. 10. & 11.* Menoch. *de adipiscend. possess. remedi. 4. n. 205.* Anton. Gom. *in. l. 45. Tauri. nu. 139.* D. Ioann. del Castillo *lib. 3. controuers. cap. 24. num. 16.*

7 De lo qual se saca por consequencia precisa y necessaria, que auiendo sucessores ex testamento que suceden en los bienes del pupilo, no puede auer lugar la sucession ab intestato, ni pertenecerles el remedio de la ley de Soria, vt dictũ est supra num. 2. y que estos son los substitutos pupilares, por auer llegado el caso con la muerte de la menor pupila.

8 Sin que a esto haga al caso, que la que pretende la herencia ab intestato, sea la madre del pupilo, a quien si no se huuiera hecho la substitucion pupilar, era heredera forçosa de su hijo, *ex. l. 6. Tauri*: porque siendo como es la substitució pupilar expressa, excluye totalmente a la madre, y esta es conclusion aprobada por todo Derecho Ciuil, Canonico, y del Reyno: por Ciuil, la. *l. Papinianus. §. sed neque impuberis, ff. de inofficioso testamento. l. precibus Codic. de impuberum, & alij.* Por el Canonico, el *capit. si pater, de testament. in. 6.* Por el del Reyno, la *l. 7. titu. 5. partit. 6. l. 6. Tauri, hodie l. 1. titu. 8. lib. 5. Recop.* in illis verbis: *O otro que tenga derecho de heredar.* Que lo entienden en el substituto pupilar Anton. Gomez *in dicta l. Tauri, & tom. 1. variar. ca. 4. num. 7.* y Cifuen

Cifuentes *in.l.6.Taur.num.2.* Matienço *in dict.l.1.titu.8.lib.5.glos.6.num.fin.* Y esta conclusion que por la pupilar expressa quede excluida la madre intotum, etiam à legitima, la tienen todos los Ordinarios en los textos referidos, nemine dempto: y los Canonistas *in dicto.cap.si Pater, de testament.* & prẹter illos, videndus Polidor. Ripa *obseruatione 51. per totam*: optimè Fachin.*lib.4.controver.cap.42.per totam.* Surd.*decis.273.num.2.& seqq.* Gratiano *discept.528.à nu.6.* Tuscho *litera S.conclusione 818.per totam*: pluribus relatis Giurba, *decis.11.per totam*, Vicentio Fusar.*de substitut.pupilari quæst.156.& consi.21.num.6.& cons.183.& alij.* Marta *de successione legali 2.p.q.3.art.7.per totam.*

9 Y esto no solo no se ha alterado por el Derecho del Reyno, en que por la *l.6.de Toro* se dispuso que los ascendiétes fuessen herederos forçosos de los descendientes, assi ex testamento, como abintestato, antes quedò firme y valida la disposicion de el Derecho Comũ, Canonico, y de Partida: y la misma ley.*6.de Toro.* exceptuò este caso en aquellas palabras. *O que ayan derecho de los heredar*, que essas se entiendẽ de los substitutos pupilares que excluyen a la madre, y assi lo entiende Antonio Gomez *in dict.l.6.num.10.& tom.1.var.cap.4.num.7.* & Matienço *in l.1.tit.8.lib.5.recopil.glos.6.num.fin.* y Cifuentes *in dict.l.6.Taur.num.2.*

10 Y indistintamente tienen esta conclusion excluyendo a la madre de la legitima, todos los Autores de nuestro Reyno en leturas, tratados y cõsejos, vt videre est per Couarrubias *in cap.cum esses de testam.num.11.& in cap. Raynuntius eod.titu.§.5.in fine.* Antonio Gom.*dict.cap.4.num.7.& in.l.6.Taur.num.10.* Costa.*in c.si Pater de testamẽt.verbo potest.num.6* Roderic.Suarez *in.l.quoniam in prioribus, limit.1.* & ibi Vald.num.14. Palacios Rubios *in.l.6.Tauri num.4.* Mõtaluo *in.l.1.titu.de las mandas, lib.3.for.colum.3.versi.idem circa hanc materiam.* Lara de Cordoua *in.l.si quis à liberis §.idem rescriptum num.10.* Mieres *de maiorat.1.part.q.57.num.45.in antiquis.* Espino *de testam.glos.23.sub num.4.& 17.& 18.* Gregorio Lopez *in.l.7.tit.5.part.6.glos.& moço.* Zeuallos *com.contra quæst.70.tom.1.per totam.* Angulo *in.l.11.tit.de las mejoras, glos.3.num.7* Iuan Garcia *de expensis cap.4.nu.*

56 videndus. Lara de vita homin. cap. 6. num. 8. Paladar. different. 12. §. 1. illatione 12. num. 25. Azebedo consi. 15. num. 52. D. Don Iuan del Castillo lib. 2. contro. cap. 14. num. 5. & lib. 3. cap. 11. num. 8.

11 Y la razon porque la substitucion pupilar excluye a la madre en todos los bienes, es que como el padre iure permittente, puede testar por el hijo ex iuribus supra adductis nu. 5. y substituirle pupilarmente, sin que el hijo pueda dezir contra ello, porque esso no es grauamen, antes es honor y vtilidad suya, ex. l. si Titio §. fin. ff. de legat. 1. l. ex tribus. C. de inoffi. testament. Iul. Clar. in §. testamentum q. 72. num. 7. Rodri

12 go Suarez. in l. quoniam in prioribus lim. 1. & 3. Guiurba dict. decis. 11. Y quando los bienes por muerte del padre passan al hijo pupilo con esta substitucion, no puede dezir cōtra ella, por no ser grauamen, como queda dicho: ni tampoco la madre, porque como la substitucion es prouidencia del testamento paterno, y la madre no tiene derecho algu

13 no a sus bienes, ni legitima en ellos, no tiene querela, y assi se halla excluida en todo y el substituto pupilar como heredero del pupilo por el testamento de el padre, sucede en todos los bienes de el hijo, sin que se pueda hazer separacion, por no ser compatible que vno muera pro parte testatus, & pro parte intestatus, ex regularius nostrum ff. de reg. iuris. Y por esta consideracion lo defienden assi los Doctores referidos supra num. 10. y otros muchos que refiere Guiurba in dict. decisione 11. num. 7. & 23. Marta de successione legali 2. p. q. 3. art. 8. à num. 6. & seqq.

14 Y porq la legitima de la madre en los bienes del hijo no procede de Derecho natural, sino de derecho Ciuil, y antiguamēte por el Derecho de las doze tablas, nunca tuuo la madre derecho de succession, ni legitima en los bienes del hijo, ni por el Derecho del fuero en España ex l. 1. titu. 6. lib. 3 for. tradit Rojas in Epitome successionum cap. 29. num. 4. Y por el Derecho de los Digestos por el Senatusconsulto Orficiano, y Tertiliano se moderò esto miserationis causa, y se le concedio a la madre legitima, por la luctuosa perdida del hijo, ex. l. nam & si parentibus. ff. de inofficioso testament. l. scripto ff. vnde liberi. Marta de successione legali. 2. p. q. 3. arti. 8. num. 9.

num.9 & 13. Y como el Derecho Ciuil es variable, y no tiene consistencia perpetua como el Derecho natural, en este caso no comprehendio esta sucession, y determinò que auiendo substitucion expressa pupilar, no tuuiesse la madre legitima, ni querela, *ex l. Papinianus §. sed neque impuberis ff. de inoffi. testament.* Lo qual pudo hazer el Derecho Ciuil en perjuizio de la legitima materna, ita Fachineo *lib. 4. contro. cap. 42 vers. caeterum.* Marta *de succes. legali dict. q. 3. arti. 8. nu.* 10. Y esto atendiendo a que la facultad que el padre tiene para testar por el hijo, y substituirle pupilarmente, era tan inmemorial traida de Grecia por los Romanos, guardada por costumbre de los Lacedemonios, y reducida à ley por las doze tablas, *vt ex l. moribus. ff. de pupilari* tradit Vacon à Vacuna *lib. 4. declarat. iuris, declaratione 63. per totam.* No quiso el Derecho Ciuil que por la piedad que tuuo con la madre, se derogasse tan assentado derecho en favor de la patria potestad, y del hijo, y assi le reseruò en la *l. Papinian. §. sed neque impuberis,* y decidio este caso denegando à la madre la querela. Y lo mismo hizo la *l. 6 de Toro,* que auiendo determinado fuessen herederos forçosos los ascendientes a los descendientes, reseruò el caso de la substitucion pupilar, en aquellas palabras: *O que ayan derecho de los heredar,* y assi las entiende Cifuentes ibi *nu. 6.* Antonio Gomez, y Matienço relat. supra *num. 8. & 10.*

15 Y porque en las alegaciones de la parte contraria, para euadir este juizio possessorio, se â valido de dos excepciones solas. La primera, diziendo que estos substitutos pupilares no son herederos vniuersales, sino legatarios in quota bonorum, a quien no pertenece el remedio de el edicto diui Adriani, y que no son partes legitimas para lo que pidê, se responde a ambas lo siguiente.

16 A la primera, que aunque el testador diuidio los bienes de el menor en tres porciones, cada vna para su substituto, fueron porciones hereditarias con palabras vniuersales, que comprehendieron no solo la herencia de el padre, sino todos los bienes del hijo menor, ibi: *Mando que la hazienda que de mi heredare la dicha mi hija, y todo lo demas que en qualquie*

ta manera le perteneciere, se haga tres partes. Y al fin de la clausula, ibi: *Y en esta conformidad hago la dicha institucion de herencia.*

17 Y quando el testador substituyendo pupilarmente a su hijo, diuidio la herencia por palabras vniuersales entre muchos substitutos, y comprehendio en ella los bienes del hijo sin restringirse à sus bienes, esta es substitucion pupilar, y herencia vniuersal, por la qual se sucede al pupilo en todos los bienes exclusa matre: ita in terminis Bart *in l. Cẽturio ff. de vulgari, num.* 36. Mantica *de coniecturis vltim. volũt. lib.* 5. *titu.* 7. *num.* 15. & 16. Simon de Petris *de interpretatione vltim. volunt. lib.* 3. *interpretatione* 3. *dubio.* 4. *nu.* 29. Marescoto *lib.* 2. *var. cap.* 138 *nu.* 30. Vicen. Fusar. *cons.* 183. *n.* 22. & 23.

18 Y lo que fuera y se dixera ser legatarios quotæ bonorum, fuera en caso que el testador hiziera la substitucion pupilar diuidida en quotas, y limitandolo expressamente a sus bienes solos, y expressando que no se comprehendierá los de el pupilo, vt notat Marescoto *vbi supra*, & Vicen. Fusar. *vbi supra*, lo qual no fue assi sino al contrario, que expressò ambas herẽcias, y assi es cosa llana, que como a herederos vniuersales les compete el remedio possessorio del diuino Adrian. vt dictũ est sup num. 6.

19 A la segunda, que quien a pedido la possession de los bienes de Doña Ana Frácisca, son los Patronos de la obra Pia para casar huerfanas, como proprietario en la tercera parte de la herencia de la Menor, y Doña Bernarda de Bocanegra, como primera successora proprietaria en la otra tercia parte de que se forma el vinculo hecho en su descendencia por el testador.

20 Los Patronos no se puede dudar seá parte legitima para pedir esta possession, porq̃ a ellos les dio el testador la administracion y cobrança, y poder amplissimo, con libre y general administracion sin limitacion alguna, assi para la administracion y cobrança, como para todos los casos y efectos que conuengan al dicho Patronazgo, ibi: *Y cobren y administren sus bienes y rentas, y vsen de ello en todas las cosas, casos, y efectos, y cobranças, y todo lo demas que conuenga, que para ello les doi todo poder cumplido, con libre y general administracion,*

sin

sin limitacion alguna. Supuesto lo qual bien notorio es la facultad que tiene el Procurador con clausula de libre y general administracion, que puede pedir, cobrar, transigir, nouar, y hazer todo aquello que necessita de poder especial, *ex. l. procurator cui generaliter. ff. de procuratorib. glos. fin. in. l. non abstulit, C. de nouationib. l. 4. tit. 11. & l. 19. tit. 5. ; & tit. 3. l. 7. tit. 14. part. 5.* Gutierrez *de iuram. confirm. 1. p. cap. 50. à num. 9.* & cum Gratiano, Azebedo, & Ricio tradit Barbosa *de clausulis, claus. 17. num. 2.* Con que directamente les toca a ellos el pedir la possession para hazer la fundacion del Patronazgo, y Obra pia, como personas a quien lo cometio el Fundador.

21 Mayormente que siendo esta Obra pia fundacion para casar huerfanas, no solo toca a los Albaceas y Patronos el hazer se cumpla y ponga en execucion, sino que esso le toca a qualquiera del Pueblo, por ser esta accion popular. Imo quãdo no huuiera persona alguna que lo pidiera, era obligaciõ del Iuez hazerlo de oficio. Y que esta sea accion popular, se prueba expressamente por la Auth. *de Ecclesiasticis titul. §. si autem,* ibi: *Et omni alij licentia sit huiusmodi mouere quæstionem, & studere vt modis omnibus causæ piæ compleantur. l. nulli. C. de Episcop. & Clericis. l. 7. tit. 10. p. 6. l. 30.* *Tauri, hodie l. 10. tit. 4. lib. 5. recopilat.* ibi: *Y sea parte para ello qualquiera del Pueblo.* Exornat Tiraquell. *de priuileg. causæ piæ, priuil. 151.* Mantica *de coniectur. vltim. vol. lib. 8. tit. 5. n. 1.* Augustin de Barbosa *de vniuerso iure Ecclesiast. lib. 2. cap. 13. n. 36.* Y assi por muchos titulos son los Patronos parte legitima, y aun en oposicion y concurrencia con los Albaceas, tuuieran oy mejor derecho

22 los Patronos, por el poder tan amplio como tienen del testador: y por la omission tan grande de los Albaceas, que en tanto tiempo no se han acordado de pedir ni procurar esta Obra pia, antes los dos se han desistido del Albaceazgo, y solo ha quedado Francisco Montero, que como padre de Doña Polonia es contra la Obra pia, y solicita por su persona esta causa, procurando se declare contra la Obra pia: y assi podemos dezir las palabras del texto *in. l. nulli. C. de Episc. & Clericis,* ibi. *Ne pium defuncti propositum improba fraudatorum calliditate celetur, quidquid pro huiusmodi causa à testatore relictum fuerit, vniuersi qui id quocumque modo cognouerint, vel in viri clarissimi*

Rectoris Prouinciæ, vel in vrbis Episcopi notitiam deferendi, liberam habeant facultatem. Conque queda assentado ser los Patronos la parte mas legitima a quien toca el pedir, y tomar la possession pedida.

23 Tambien lo es por su porcion hereditaria Doña Bernarda de Bocanegra, como substituta pupilar en ella, respecto de que es la primera llamada a la succession del Vinculo q̃ dexò en ella para sus descendientes, como consta de la Clausula referida n. 3. en cuya succession, como primera successora es dueño de la propriedad, y heredera vniuersal en quien reside el dominio de los bienes vinculados; porque aunque solo goza de los aprouechamientos, frutos y rentas por los dias de su vida, no es por esso vsufructuaria y legataria, sino

24 proprietaria y heredera con obligacion de restituir *l. species ff de auro & argent. legato. l. Titia cum testamento. §. Titia cum nub. ff.* de leg. 2. & ibi Peralta *num. 9.* Molina *de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 19. à num. 5. cum seqq. præcipuè num. 14. & 15.*

25 Y la razon por que toca al primer successor el derecho y primera causa de pedir como proprietario es, porque en las successiones de Mayorazgo donde ay perpetuidad, se cõprehende en el primero llamamiento, no solo la institucion, o substitucion directa, sino la cõpendiosa que comprehende en si vulgar, o pupilar, directa, y la fideicommissaria y el primero successor sucede por la institucion, o substitucion directa, con obligacion de restituir al successor por la fideicommissaria: como fue en nuestro caso, que Doña Bernarda, como primera substituta, sucedio por la pupilar directa en todo el derecho de propriedad, y vsufructo de la tercia parte de herencia, con obligacion de restituir por la fideicommissaria a sus hijos, & suo ordine a los demas llamados. Y en ella

26 como en primera llamada, acetando, se consume y queda confundida la substitucion pupilar, y ella hecha señora proprietaria de la hazienda, y despues de sus dias succede por la substitucion fideicommissaria su hijo mayor, o el successor en quien se verificare el llamamiento: ita Decianus *consl. 84. à n. 4. lib. 3.* Menoch. *consl. 106. n. 366. & 371. lib. 2.* Peregrin. *consl. 49. n. 11. & 12.* Additionat. Molinæ *de primog. lib. 1. cap. 6. n. 15.* Conque con euidencia le toca el juyzio possessorio intentado

tentado a la dicha Doña Bernarda de Bocanegra, como substituta pupilar.

27 De todo lo dicho resulta, que auiendo presentado los Patronos de la Obra pia, y la dicha Doña Bernarda testamento solemne con instituciones y substituciones directas, sin que contra él se aya dicho cosa alguna, son contradictores legitimos a la possesion pedida ab intestato por la dicha Doña Polonia, pues su derecho es subsidiario en caso que no huuiera testamento, como se fundò en el num. 4. y como herederos de mejor derecho se les debe dar la possession, por el remedio del Diuo Adriano intentado, & ita disponit expressè *l. fin. C. de edict. diui Adrian. l. 3. tit.* 14. *p.* 6 Parlador. *lib.* 2. *quotidian. cap.* 5. *num.* 10. Y esta possession es tan priuilegiada, que

28 aunque otro la aya tomado por otro titulo, si es mejor el del testamento, no le haze estorbo, y se le dà sin embargo del otro, como se ha ya citado. Aluar Valasco *consl.* 191. D. Iuan del Castillo *lib.* 3. *controu. cap.* 24. *nu.* 58. que refiere otros muchos. Con que parece llana la justicia de los substitutos, para que se les dè la possession pedida, y no tener justificacion el auto del Inferior, en que le mandô amparar, y deberse reuocar. Quod fieri speramus, salua D. V. D. C.

El Lic. Don Iuan de Sandoual.

principalmente para fundar vno que importa todo el pleyto, porque la pretension de Don Iuan de Vribe es hazerse acreedor de dinero en contado para cobrar los 4U. ducados de renta, y para este fin se ha encaminado la liquidacion, y el rateo, haziẽdo computo del contado que se supone que tenia el General quando hizo la fundacion, en el qual se le ratean 21. q. 69U060 marauedis, de que se haze acreedor, y si lo consigue, ningun otro acredor podrà cobrar: porq̃ para reduzir a dinero esta cantidad, es poca toda la hazienda q̃ ay en este concurso, y sino lo consigue, ay para todos, y assi este es articulo que duele mucho a los acreedores, y de su resolucion casi penden los otros agrauios.

3 Y para su inteligencia se ha de suponer, que el año de 159[illegible] se hizieron las capitulaciones matrimoniales, y en ellas se obligò el General de acrecentar en la casa de Oçaeta 4U. ducados de renta (y dize assi) *Los quales aya de señalar y desde luego señala de los bienes, juros y rentas que al presente tiene.*

4 Y despues por el año de 601. otorgò su testamento, debaxo de cuya disposicion muriò por Iulio de 603. y en el refiere la capitulacion, y manda que se paguen los 4U. ducados de renta cada año de lo mejor parado de sus bienes y hazienda.

5 Y auiendose formado este pleyto, se opuso Don Iuan de Vribe pidiendo grado por los 4U. ducados de renta, y el Ordinario le graduò en tercero lugar por ellos, y su precio principal que le corresponde a razon de a 20U. el millar, conforme a la escritura de obligacion, que es la de las capitulaciones.

6 De esto se agrauiaron los Acreedores por diferentes razones, y vna dellas fue por auerle mandado pagar esta rẽta a razon de a 20. el millar, auiendo de ser en los mesmos juros y renta que el General tenia al tiempo de la capitulaciõ, y a 14. el millar, o como estauan, y que no fuessen los mejores ni los peores. Y por la otra parte se pretendiò, que auia de ser la renta a razon de a 20. porque mandò 4U. ducados de renta sin restriccion alguna, comprehendiendo los bienes suyos para la paga dellos, como se dize en el memorial primero fol. 54. num. 115.

7 Huuo sentencia de Vista confirmada en Reuista, por la qual

qual se mandò graduar este Vinculo en octauo lugar, y dize assi: *Y en quanto a la paga de los 4U. ducados de renta, ha de ser prorata en juros, censos, y bienes, considerado todo conforme al valor que tenia al tiempo de las dichas capitulaciones matrimoniales.*

8 Despues se pidiô por Don Iuan de Vribe, que se hiziesse el rateo y la liquidacion, y presentò gran cantidad de fees de registro de partidas de dinero y mercaderias que vinieron de las Indias, consignadas al dicho General, y a otros, en los años de 95. y 96 procedidos de cargazones embiadas desde el año de 92. hasta 94. con las quales se haze cuerpo de dinero en contado, y se le ratean a este Vinculo los 21. qs. y tantas mil marauedis, como se hà dicho.

9 Los Acreedores pretenden, que este rateo y liquidacion es nula, y no se ha de aprobar, y que solo se ha de hazer en los juros y rentas que el General tenia entonces, segun el valor a que estauan impuestas. Y esto se fundarà por diferentes medios.

Que no tocô al Relator el ratear el dinero.

10 PARA la nulidad deste rateo no es menester mas, sino que siendo este articulo tan importante, y pretension nueua, que consiste en Derecho, se introduze en el juizio de la liquidacion, y la determina el Relator, haziendo acreedor al Vinculo de dinero en contado, siendo assi que ni en la obligacion de las capitulaciones se haze mencion de dinero en contado, ni en las sentencias, ni ay pedimiento de Don Iuan de Vribe en que tal pida, sino 4U. ducados de renta a 20. mil el millar, y esto se lo contradixeron los acreedores, pretendiendo que se le auian de pagar en los mesmos juros y rentas que tenia entonces el General a como estauan impuestos, y assi se mandò por las sentencias de Vista y Reuista, y para esso se mandô hazer el rateo en los juros, censos y bienes del General, considerado todo cōforme al valor que tenia al tiempo de las capitulaciones, y assi este articulo requiere conocimiento de causa, y determinacion especial, y no lo pudo resoluer el Relator, pues no toca a su oficio lo que consiste en Derecho, y necessita de declaracion, ni fue nombrado para esso, y esto basta para

la

la nulidad, vt disponitur in.l.50.tit.5.lib.2.Recopilat. ibi: *Mandamos, que de aqui adelante quando los Iuezes mandaren nombrar Contadores, o otras personas, no los nombren para ningun articulo que conste en Derecho, ni para otra cosa que ellos puedan determinar por el processo, que solamente se nombren para cosa que consista en quenta, o tassacion, ò peritia de persona, ò arte.* Y auiendolo reclamado y contradicho los acreedores, no se puede confirmar ni aprobar la liquidacion: sic in specie tradit Scobar de ratiociniis, cap.38.num.8.circa medium.

Que la palabra, Bienes, quedô restringida con la palabra, juros y rentas, con que se cumple.

11 QVando esta nulidad no fuesse tan notoria, como lo es la pretension de Dô Iuan de Vribe, la liquidacion y rateo contienen injusticia y agrauio notorio, porque el General no prometio en la capitulacion dinero en contado, sino quatro mil ducados de renta, y los señalò de los bienes, juros, y rentas que al presente tenia; y en estas palabras no se puede comprehender el dinero en contado, porque el dinero de per se no es redituoso, ni rentable: y siendo la obligacion de renta annua, solo quedaron afectos los bienes rentables, y se cumple con dar bienes, *tantum redditum valentes*, supuesto que no se señalaron bienes especiales: assi se prueba indiuidualmente en el text. in.l.si quis argentum.§.si verò redditũ.C.de donationibus, ibi: *Si verò redditũ certum ex possessionibus donauerit, non tamẽ nomina possessionũ edixerit; necesse habere de sua substancia fundos, tradere tantùm redditum inferre valentes, quantum in donatione possuerit, in talibus tamen agris, qui nec omnibus quos habet in possessiones anteponuntur, nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inueniuntur.* Ex pluribus comprobat Surdus cõs.319.per totum, tom.3. donde disputa: Si auiẽdose dexado vn legado de 300.ducados singulo anno de introitu, se debe pagar en dinero de cõtado, ò si se cumple con entregar fundos, *tantùm redditum inferre valentes?* Y en el num. 7. pondera mucho el auerse dicho de introitu, porque con esto fue visto querer que se cumpliesse con entregar bienes redituosos, y no dinero en contado: *Nam secundum communem loquendi vsum, nihil aliud* est

est dare tercentum aureos annos de introitu, quam dare prædia quæ tantum ferant introitum: & hic vsus loquendi est notorius omnibus, & secundum illud dicimus talem habere introitum mille aureorum singulo anno: verba autem intelligenda sunt secundum communem vsum loquendi. Y si se entendiesse que en esta palabra 4U. ducados de renta se comprehendia el dinero en contado, estaria superfluo el dezir de renta: y por esso dize Surdo: *Certè illa verba de introitu essent superflua, quia sufficeret dicere tercentũ aureos singulo anno, quia per hæc verba sine aliqua limitatione importabatur, & significabatur annua dictæ quantitatis præstatio, ne igitur superflua existimentur, sed aliquid operentur inteligere debemus non annuam præstationem, sed fundos, & proprietatem venire legato.* Y en el num. 9. con los siguientes pondera por texto expresso para este intento la dicha ley, *si quis argentũ, §. si verò redditum:* y prueba *ex pluribus, quod si quis promittit dare annum redditum, tenetur dare iura reale, sic enim importat nomen redditum.* Y en efeto prosigue Pedro Surdo en todo el consejo muy à proposito deste pleyto, y le refiere y sigue D. Castillo *lib. 4. controuer. cap. 33. num. 9. & 10.*

12 Y supuesto que en este caso el testador señalò sus bienes y rentas para la paga y satisfacion destos 4U. ducados de renta, y dexô bienes redituosos para ello, en ellos se han de pagar y satisfazer, y no en dinero en contado, aunque lo tuviesse entonces el General.

13 Y no obstarà contra esto el dezir, q̃ en la especie de la *l. si quis argentum. §. si verò redditũ,* se prometiò el *annuo reddito ex possessionibus tantùm, non ex bonis,* que es palabra vniversal y comprehensiua de todos los bienes en que entra el dinero. Porque se responde, que en los terminos de este caso, lo mismo fue dezir que señalaua los 4U. ducados de renta de sus bienes, que si dixera de sus possessiones, ò de sus juros y rentas: porque la palabra, *bienes,* es comprehensiua de todos los bienes, quando se pone simpliciter con alguna nota o señal vniuersal, como si huuiesse dicho: Señalo todos mis bienes. Y no dixesse más: pero quando esta palabra, *bienes,* no se pone simpliciter con nota vniuersal, sino con alguna nota o señal restrictiua, como es, nombrando y señalando especie cierta de bienes como aquì, que dixo, *bienes, juros, y rentas,* tunc esta especificacion subsequente, o antecedente,

corrige y limita la universalidad de la palabra *bienes*, taliter que no comprehende mas bienes que los que el fundador declarò y especificò, y fue lo mismo que si huuiesse dicho, *bienes y rayzes*, porque auiendolos declarado y nombrado especialmente se presume q no quiso señalar otros bienes para la paga de los 4U ducados: pruebase expressamente del text. in l. hæres. 100 §. 1 de legat. 3. donde auiendose hecho un legado especial de dos estatuas de marmor, prosiguio luego, diziendo, *Et omne marmor*. Y dudose en aquel texto, si el legado era general de todo el marmor, o se auia de restringir solo a las dos estatuas? Y resuelue el Consulto, que no se deben mas que las dos estatuas: *Quia duas statuas legando potest videri non putasse in marmore se statuas legare*. Y por este texto nota Bartol. *Quod si nominatur aliqua indiuidua species contenta sub genere, ad alia in specie contenta non porrigitur illud genus*. Y aqui la glossa in verbo *Non putasse*, nota que es visto no querer comprehender las otras cosas no especificadas o L. el mismo prueba la ley 8. ff. de argento & auro legat. vers. Si duæ, donde nota Bartul. *Quod legatum generis restringitur per speciem, vt non contineat eam de qua sunt aliqua indiuidua nominata*. Como aqui la palabra, *bienes*, que aunque es vniuersal y los comprehende todos, quedò restringida por auer especificado los juros y rentas. l. legata 9. ff. de suppellect. legat. ibi. *Si tamen speciem certi numeri demonstrata fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur*. Glos. in l. quæsitum. 2. §. ff. de fundo instructo. in verb. *Non videri*, donde explica y declara esta materia, ibi. *Verum si nominasset aliquid indiuiduum de illis quæ continebantur in instrumento, vel propria nomine, vel aliqua demonstratione quæ vicem nominis fungitur, vel adiiciendo vetum numerum, vt duo vel tres, recessum videtur à priori voluntate*. Comprobat in specie Geminiano cons. 65. n. 4. ibi. *Modo succedit regula, quod quando post verba generalia apta includere diuersa subiecta, iungantur species restrictiuæ generalitatis verborum, dispositio præcedens restringitur ad species tantum subsequentes*. Y trae el mismo texto in l. hæres meus. 6. de legat. 3. Y nota, *quod illa expressio duarum statuarum restringit generalitatem vt non veniant nisi quod duas statuas expressas*. Optimè Oldrad. cons. 8. nu. 2. donde resuelue, *quod verba generalia restringuntur per specificationem speciei præceden-*

tis,

tis, vel subsequentis. l. si servus plurium §. vltimo ff. de legatis 1. Comprobat ex pluribus Gracianus disceptat. 558. nu. 11. tom. 3. donde dize q̃ las palabras vniuersales no se hã de entẽder simpliciter, *Quia restringuntur ratione adiuncti*. Decio cõs. 92. donde auiendo vno legado a su muger *omnes robbas, pannamenta, lana, & linea, & alias massaritias domus*, disputa si por auer puesto aquella palabra *Domus*, quedó restringida la vniuersalidad deste legado, que se hizo con la palabra *Omnes*, que es vniuersal? Y resuelue que quedó restringida y limitada, y lo prueba con muchos fundamentos, y entre otros con la doctrina de Oldraldo consil. 8. supra citado, donde prueba que auiendose hecho muchos legados vniuersales de diferentes cosas, se puso a lo vltimo vn lugar cierto: y resuelue, *Quod adiectio certi loci minuit vim & effectum generalis legati praecedentis, & arctat ad locum specialiter comprehensum*. Y trae para esto la l. nã quod. §. fi. ff. de penu legat. in fin. vbi *si omnis penus legata sit propter vinum quod erat Romae, restringit legatum vniuersaliter factum de penu ad penum dumtaxat, quae Romae reperitur*: Y tambien traen Oldraldo y Decio la l. quaesitum. §. 1. ff. de leg. 3. cũ gloss. vbi dicitur sic: *Argentũ omne & suppellectilem quamcumque habeo, tibi dono, & quidquid habeo in praedio Semproniano*. Y en esta especie resuelue el Consulto, *Quod legatum illud vniuersaliter factum de argento & suppellectili, restringitur ad illud totum, quod in dicto praedio Semproniano reperitur, & sic qualitas loci apposita in vltimo legato, omnia alia praecedentia legata restringit*.

14 Y por esta doctrina de Decio y sus fundamentos, resuelue Vrsillo ad Matthaeum de Afflictis decis. 206. contra el mismo Afflictis, que auiendo dicho vn testador que dexaua a su muger el vsufructo *omnium et quorumcumque bonorum, & suppellectilium domus suae*, por esta palabra subsequente quedó restringida la generalidad precedente, y trae en comprobació algunos textos, y entre ellos la l. fi. §. 1. ff. de vin. tritic. legat. vbi *Dictum generale restringitur per speciem specificatã, nã si legantur simpliciter dulcia, omne dulce venit; cum vero exprimitur vinum amphorinũ, & quaedam alia dulcia potionis, ea quae sunt potionis tantũ veniunt*. l. cum pater. §. dulcissimis ff. de lega. 2. vbi *Dictum etsi generale restringitur per rationem, seu qualitatem adiectam*.

15 Tradit etiam Menochius de presumpt. lib. 4. presump. 162. n. 4. donde dize q auiendose legado *omne aurum & argentum comprehenduntur vassa & massa, sed hoc non procedit quando qualitas aliqua adijcitur, quæ vni speciei auri vel argenti conuenit, vt si testator dixit: Lego decem pondo argenti. Hæc enim ponderis qualitas, quæ massæ tantùm conuenit, coniecturã facit testatorem legasse tantummodo aurum vel argentũ quod habebat in massa, non autem vassa, sicut subiungit.* Vlpianus in l. cũ aurum. 9. §. 1. ff. de aur. vel argent legat. idẽ Menoch. eod. lib. 4. presump. 138. n. 8. & 9. Y esto se aplica bien a este caso, pues auiẽdo dicho el fundador que señalaua los 4U. ducados de renta de sus bienes, añadio luego, *Iuros y rentas*, con que fue visto no querer señalar ni obligar mas que sus juros y rentas, y quedò restringida a ellas la vniuersalidad de la palabra *Bienes*: y esto se persuade bien de la misma capitulacion, porque el fundador no dixo que obligaua sus bienes, ni que se comprasse la renta, sino que los 4U. ducados de renta los señalaua desde luego en sus bienes, juros y rentas. Y esta palabra *Señalar*, es lo mismo que adjudicar in solutum: sic tenet Decianus cons. 55. n. 37. vol. 2. Menoch. cõs. 201. Surd. cõs. 255. nu. 21. & cons. 330. Y assi desde luego quedaron adjudicados y pagados los 4U. ducados de renta, en los mismos juros y rentas que tenia entonces, que eran 20U. ducados de renta, que son los que oy estan en ser en el Concurso: y supuesto que prometio renta y la señalò en la que tenia, porq̃ se ha de presumir que se acordò del dinero en contado ni lo comprehendio, pues no era menester comprar la renta, ni valerse del dinero, pues el tenia entonces, y oy renta bastante con que pagar y satisfazer los 4U. ducados de renta, y no se obligò à mas que a señalarlos, hoc est, à adjudicarlos en sus bienes rentables, y darlos in solutũ, como lo hizo desde luego. y assi no se ha de presumir que auia de dar in solutum, o señalar el dinero en cõtado, teniendo bienes rayzes.

16 Y aunque no huuiera dicho de *sus juros y rentas*, sino que huuiesse señalado los 4U. ducados solo de sus bienes, sin dezir otra cosa, no se comprehendia el dinero, y se cumplia con darle bienes rentables, porque la palabra *Bienes*, denota la sustancia de la hazienda, y la causa mas proxima y inmediata a la materia de que se trata: y pues la obligacion

era

era de dar 4U.ducados de renta de sus bienes, la inteligencia mas propria es, que esta palabra *Bienes*, se entiende de bienes rentables, y no de dinero en contado: ita in specie probat Carolus Ruinus consi.65.volum.2.ibi: *Quia hoc significant illa verba de bonis & substantia dicti testatoris: nam illa dictio, De, denotat causam proximam, & causam materialem si adijciatur materiæ: & per consequens in casu nostro importat quod prælegatum præstetur de substantia, & non de pecunia, & ad idem tendit, quod verbum illud genitiui casus importat dominium, & sic dicitur legasse de bonis existentibus in eius dominio pro valore florenorum trecentorum, secundum communem æstimationem, quia ergo prælegatum debetur de bonis, & substantia non potest solui pecunia, &c.* Refiere y sigue esta doctrina Gratiano in decisionibus March.decis.141.per totam, præcipuè num.7.donde se determinò, que se debia pagar vna dote en bienes, y no en dinero, auiendo obligacion de pagar en bienes. Compruebase esto con el texto in.l.nõ amplius.§.bonorũ.ff.de leg.1. donde auiendose hecho legado de parte de los bienes, se cũple con pagar la estimacion, sino es que el testador quiso que se entregassen los mismos cuerpos de los bienes hereditarios: y Baldo en la.l.nulla.C de iur.dotium, aduierte que entonces constarà de la voluntad, quando el testador no hablô simpliciter de los *bienes*, sino añadiò alguna calidad de que se pueda inferir que se refiriò a los cuerpos especificos: assi lo aduirtiò Tello Fernãdez in.l.20.Taur.n.5.dõde resuelve, q̃ de esta manera se ha de entender la.l.20.de Toro que dize, que se pague la mejora en los bienes señalados, y no en dinero de contado, y dize Tello: *Quod voluntas declaratur, si dixit pro indiuiso, vel alio modo constaret se retulisse ad corpora bonorum*: y resuelve que esta misma.l.non amplius.§. bonorum, procede no solo en vltimas voluntades, sino en contratos y donaciones, vt ait dict.n.5.in fin.

17 Y pues aqui hallamos vna voluntad clara del General, q̃ señalò los 4U.ducados de renta de los bienes, juros y rentas que tenia, no es dudable que por auer hecho mencion especifica de los juros y rentas se limitò solo a estos bienes, y no comprehendio el dinero, ni otros algunos: y en duda assi se ha de presumir por la sujeta materia, que era fundacion de Mayorazgo, y renta perpetua, que nunca se cõsigna

en

en dinero de contado, ni en otra especie de bienes, ca. intelligentia de verbor. signific. l. si vno. ff. locat. l. si stipulatus. ff. de vsucap. cóprobat in specie Dom. Valençuela cons. 133. vol. 2. num 50. & cons. 136. num. 15 donde dize: *Quod rationabile est, quod verba restringantur ad verosimile cogitatum per testatorem* l. si quis ita. §. fin. de testam. tut l. solutũ. §. solutã ff. de pignorat. act. tradit Alexand. cõs. 75. volum. 4. num. 4.

Que la eleccion es del deudor.

18 QVando todo lo referido cessara, no tiene accion la otra parte para pedir que se le pague en dinero de contado, ni se le ratee, ni aun para que se le den bienes especiales solo por la palabra *bienes*, porque esta palabra es generica, y està en elecciõ del deudor el pagar en dinero, ò en bienes, y el acreedor no puede pedir vno ni otro precisamente. d. l. non amplius. §. cum bonorum. ff. de. l. 1. dõde se le dà eleccion al deudor (quando se manda pagar de los bienes) para pagar en los mesmos bienes, ò la estimacion de ellos, & ibi notat Bartolus, & glossa, verbo, *æstimationem*, donde duda, *Quomodo datur æstimatio, & aliud pro alio soluitur inuito legatario?* Y responde: *Quia bonorum dicitur genere non rerum singularium, quia tunc secu*. l. legato generaliter. §. si de certo. ff. eodem, vbi notant DD. *quod in contractibus electio est debitoris*, tradit Corneus cons. 215. n. 2. & cons. 132. n. 10. lib. 4. Ripol. variarum, ca. vlti. num. 511. Gratian. decis. March. 141. n. 1. ibi: *Vnde cum illius vigore fuerit facta petitio restitutionis dictum fuit iustè, & secundum formam contractus solutionem faciendam esse de bonis, non autem in pecunia; vt per Dom. Iulian. prætenditur, licèt enim pecunia dicatur de bonis testatoris, tamen electio in contractibus debet esse debitoris, imò etiam quod solutio facienda esset in bonis, secundũ testatoris dispositionem, & quamuis legatarij velint bona, tamẽ non poterit ad hæc cogi hæres, quia possit soluere in pecunia*: lo mismo tiene Tello Fernand in. l. 17. Tauri, ex num. 4. & 5. donde resuelve, que quãdo la disposicion habla solo de bienes, està en eleccion del deudor pagar la estimacion, o los mesmos bienes, optimus text. in. l. si quis stipulatus fuerit decẽ in melle. 57. ff. de solut. dõde la obligacion fue pagar diez, pero la paga se cõsignò en miel: y alli

nota

nota Bartulo, y Paulo de Castro, que està en eleccion del deudor pagar la miel, ò el dinero, sino es que la miel quedò apreciada y estimada, porque entonces puede tener interes el acreedor en que se le pague la miel: pero miẽtras no huuiere precio, o estimacion, siempre la eleccion es del deudor, y assi no se le puede obligar a que pague en dinero, porque la sustancia de la obligacion consistio en la cantidad, y la miel fuit in solutione, vt notat ibi glossa, verbo, Fuerit, ibi: *Tunc decem sunt in obligatione, & melle in solutione.* l. obligationum fere. ff. de act. & obligationibus, ibi: *Sola centum in stipulatione sunt in exolutione fundus.* Bartulo in dict. l. si quis stipulatus num. 2. donde dize, que quando *verba non fuerunt adiecta, seu relata ad verbum obligatiuum, sed ad verbum executiuum, vt possit facere solutionem in melle, tunc mel intelligitur ad solutionem tantum.* Cancer. var. tom. 2 c. 6. nu. 75. Baldus notabiliter cons. 194. vol. donde dize: *Quod obligatio non potest poni in voluntate debitoris, sed facultas quædam soluendi poni potest.* Y quando la obligacion es de pagar de bienes, nunca se comprehende el dinero, sino la substancia de los bienes, vt ex Ruino supra diximus, quem refert & sequitur Gratianus dict. decis. 141. num. 7.

19 Y en los terminos de este pleyto no tiene esto ninguna duda, porque en la capitulacion la substancia de la obligacion consistio en la cantidad de los 4U. ducados de renta, y los bienes, juros y rentas se señalaron en diferente oracion demonstrationis gratia, y asi no consistiò en ellas la substancia de la obligacion, ni quedaron afectos los mesmos cuerpos, ni efectos q̃ el General tenia entonces, y fuerunt in solutione, y siempre que se paguen los 4U. ducados de renta en bienes redituosos, se cumple aunque no sea en aquellos mesmos bienes que estonces tenia, porque no consistio la donacion en ellos, sino en la cantidad generica de los 4U. ducados de renta, y asi los pudo enagenar y consumir etiã aunque huuiera señalado bienes especiales: asi lo resuelue Tello Fernandez in. l. 17. Taur donde dize, que si la donacion consistiò in quota, y se asignaron bienes especiales para ella, estos bienes no quedan afectos, y se pueden vender y enagenar: *Quia donatio fuit generalis quotæ, & assignatio non restringit donationem, quia non datur res assignata de per se,*

sed

le.l sit solutio in ea, porque es demostracion l. quidá testamento. ff de leg. 1. l. Paulus Chalimaco. §. Iulius Seuer' de leg. 3. l. Lutius ff. de alim. & ciuar. legat. cóprobat Garcia de expéf. c. 4. ex n. 34. cum seq. vbi latè agit *quando fundus censetur adiectus demonstrationis gratia*, vel nó D. Castillo lib. 4. c. 54.

Que por no auer dinero en contado, se cumple con dar insolutum los mismos bienes rayzes.

20 VLtimamente se aduierte, que aunque huuiera obligacion expressa de pagar los 4U. ducados de renta en dinero de contado, se cumplia con entregar bienes rayzes que los valgan, segun el estado que oy tienen las cosas, que es no auer dinero en contado en el concurso, sino los bienes rayzes que dexò el General, y asi los Acreedores que han sucedido en todas las acciones del General, pueden valerse del beneficio de la Authentica hoc nisi debitor. C. de solutionibus, q̃ dize, q̃ quando el deudor estaua obligado a pagar el dinero de contado, y no lo tiene, puede y debe dar insolutum a sus acredores sus bienes rayzes por su justo valor: asi lo resuelve Baeça de inope debitore, vers 1. n. 46. Gutierrez de iuramento confirmat. c. 29. per 21
tot. Ioseph Ludoui. decis. 64. per tot. Natta. Benintend. y Thesauro, a quien cita Gratian. dict. decis. 141. nu. 6. ibi: *Imo etiam quod obligatio esset in pecunia, tamen auditur debitor volens dare de suis bonis immouilibus insolutum creditori*, Authét o ca hac si debitor. C. de solutionibus §. quod auté, Authétii de fideiussoribus. Y en el n. 10. resuelue la misma decisio co q̃ en este caso no se le han de véder los bienes al deudor, sinn, darlos insolutum apreciados, Franchis decis. 81. Sancte Felocio decis. 411. nu. 1. tenet Acacio Ripol variarum, c. vltim. i nu. 110. Y pues aqui no ay dinero en contado, ni pacto expresso de pagarlo y se quiere induzir esta obligacion por conjecturas, no se ha de dar lugar a que se védan los bienes para hazer pago a Don Iuan de Vribe del dinero que se le ha rateado aunque se le debiera, porque quedàran destruidos los Acreedores verdaderos y onerosos, pues por este medio se lleuarà todos los bienes q̃ ay en el Vinculo lucratiuo, y la executoria que es en fabor de los Acreedores quedara defraudada.

Y no

21 Y no obstarà contra esto dezir, que no ay executoria contra los Acreedores, porque en la sentencia de graduacion se manda hazer el pago de estos 4U. ducados en los juros, censos, y bienes, considerado conforme el valor que tenia al tiempo de la capitulacion. De que quiere inferir D. Iuan de Vribe, que el auer mandado hazer el rateo en los bienes que el General tenia, fue comprehender el dinero en contado. A que se responde, q̃ esta executoria no solo no prueba su intento, pero se retuerce totalmente contra el, y fue en fauor de los Acreedores. Y para esto se ha de suponer, q̃ la executoria no añadiò ni quitò nada a la capitulacion en la mencion de los bienes: y aunque esta palabra, *Bienes*, està puesta en ella posterior a la palabra juros y censos, y no mencionò las rentas, como lo haze la capitulacion, esto importa poco, porque pudo ser equiuocacion, o inaduertencia de quien lo escriuiò, porque mas generalidad tiene la palabra rentas y censos, y la sentencia no quiso limitar lo que el General dixo, sino referirlo, y assi se echa de ver, pues se refiere a la capitulacion: y el auer puesto la palabra, *Bienes*, posterior, tambien pudo ser inaduertencia, y aũque no lo fuera, es de poca sustancia, pues auiendo hecho mencion especifica de los bienes, no importa que esta mencion especifica sea antecedente, o subsequente, vt supra probauimus num. 13. cum seqq.

22 Supuesto esto, el dezir que se rateassen estos 4U. ducados en los bienes que el General tenia entonces segun su valor, fue deferir à la alegacion de los Acreedores, pues esto es lo mesmo que ellos alegauan y pretendian, hoc est, que no se auian de pagar los 4U. ducados a 20U. el millar, sino en los mesmos bienes rayzes que el General tenia al tiempo de la capitulaciõ, y a como estauan impuestos, que era a 14. y a 15. y a otros precios diferentes, y a esto correspondio la sentencia, mandando que se hiziesse el rateo en aquellos mesmos bienes raizes, segun el valor que entonces tenian, no a 20. como oy corren: y si quisiera comprehender en estas palabras el dinero en contado, no dixera que se rateasse segũ el valor que los bienes tenian entonces, porque estas palabras miran a los bienes rayzes, y a la substancia dellos, y a la estimacion de la renta, vt supra probauimus num. y no al dinero, pues para el dinero no era necessario dezir

el valor que entonces tenia, porque el dinero entonces y aora tiene el mismo valor, y no està sujeto a la estimacion como los bienes rayzes, y las rentas. Y en efeto esto fue lo que se alegó por las partes, y no se hallarà alegacion en que se aya tomado en la boca dinero en contado, ni que se aya introduzido este pedimiento: y no se puede presumir que la sentencia determinó lo que no estaua deduzido, ni ay mejor interpretacion de la sentencia que por lo que resulta del processo, porque sobre lo que se deduxo y disputò se presume auer sentenciado, y no sobre mas. l. de quare. 74. ff. de iudic. Bald. in. l. fi. vers. Et secundũ hoc, & de suspect. tut. & in ca. cum super, de caus. possess. *& prop. & acta dicuntur vehiculum quoddam ad sententiam declarandam*, latè comprobat Galeota controuer. 34. lib. 2. ex num. 1, cum seqq.

Que no està probado que el General tuuiesse dinero en contado al tiempo de la liquidacion, y respondese a las fees de Registro.

23 DE lo que se ha dicho queda probada y justificada otra nulidad y injusticia notoria de la liquidacion; pues quando se huuiera de pagar este credito en dinero de contado, que no es possible por lo que se ha dicho, no està probado que el General tuuiesse dinero en contado al tiempo de la capitulacion, ni los Acreedores sobre esto han sido oydos, ni se pudo tomar motiuo de las fees de Registro que presentó Don Iuan Vribe, porque vnas son de dinero, y otras de mercaderias, y estas mercaderias las reduze el Relator a dinero, diziendo, que se informò de los valores que entonces tenian por los libros de algunos mercaderes, que ni hazen fee en este pleyto, ni pueden prejudicar a los Acreedores, ni esto tocó al Relator, ni el interpretar las fees de Registro, ni si pertenecian todas al General, ni ratear las porciones, porque muchas dellas vienen consignadas a diferentes personas, y estan tan cõfusas, que cada vna necessita de conocimiento, y determinacion particular, y de todo esto se hizo Iuez el Relator.

24 Pero demos que cessasse esta nulidad, y que en los Registros, ni en los precios de las mercaderias no huuiesse duda alguna, que todo esto lo damos de varato, aunque la

tiene grande cada partida; la capitulacion dize, que señala los bienes que de presente tiene: y lo mismo dize la executoria que se haga el rateo segun el valor de los bienes que entonces tenia: y es constante que Don Iuan de Vribe no ha probado indiuidualmente los bienes ni dineros que tenia el General al tiempo de la capitulacion, que fue por el año de 594. ni esto se prueba por los Registros que se han presentado, ni por los discursos imaginarios que se hazen en la liquidacion, porque todos los Registros vinieron el año de 95. y 96. y entonces fue quando los satisfizo el General, y cobrò el dinero, y las mercaderias, segun por ellos parece, y no se sabe quando las vendiò, ni si las reduxo à dinero, o si las trocò, o las embiò fuera del Reyno, como lo suelen hazer los hombres de negocios y cargadores.

55 Y supuesto que la capitulacion se hizo, y la consignacion en los bienes que de presente tenia, solo quedaron afectos y cõsignados aquellos bienes q̃ en aquel mesmo instãte y tiẽpo tenia en su poder, y en su dominio, vt infra dicemus num. y assi no se comprehendieron los bienes que despues adquiriò y tuuo, como lo dixo el texto in l. si ita. ff. de argento auro legato, ibi: *Quia præsens tempus semper intelligeretur si aliud comprehensum non esset, nemo enim videtur loqui, nec sentire de eo quod pẽdet à futuro euentu.* l. in lege 77. de cõtrahẽda emptione, Menochio cons. 106. nu. 130. Velasco consultatione 58. n. 5. Dom. Castillo de tertiis, c. 14. n. 25. l. Iulianus. 6. ff. qui & à quibus ibi: *Nec aduẽtitij casus computãdi sunt:* y es texto claro la. l. cum certũ. 10 ff. de auro & argẽto legato, vbi Consultus sic ait: *Cum certum auri, vel argenti pondus legatum est si non species designata sit, non materia, sed pretium præsenti temporis præstari debet:* y alli se entiende la palabra, *præsentis temporis tempore testamenti*, vt in d. l. si ita. ff. eod. ibi: *Testamenti tempore, quia præsens tempus semper intelligeretur.* Et ibi: *Præsens non futurum tempus ostendit.*

56 Y en los contratos procede lo mismo l. quod seruius. ff. de cõditione causa data. l. quæro. §. inter locatorẽ. ff. locati l. cõtinuus §. cũ quis, de verb. obli. l. Rutilia Polla ff. de contrahem. pt. l. stipulatus fueri. §. cũ stipulamur. l. si à colono. l. cũ stipulamur. ff. de verb. oblig. Fõtanella de pactis, claus. 4. glos. 9 p. 4. n. 9. Perez de Lara de Capellaniis, lib. 1. c. 16 àn. 1. Dom. Castillo dict. cap. 49. nu. 7. lib. 4. copiose Galeota

lib.

lib.2.controv.64.n.12.vsque 17. latè comprobat el señor D.Iuan de Larrea disput.17.num.4.& disp.24.n.4.to.1.

27 Esto procede sin duda, quando en las palabras del contrato se haze mencion del tiẽpo presente, como aqui: *Quia tunc tempus futurum minimè comprehenditur*, latè Menoch.consi. 97.num.72. Dom. Castill.lib.4.capit.49.num 5.& de tertiis,cap.14.nu.24. y es regular, *quod in omni actu, & materia, ac dispositione verba præsentis temporis non trahantur ad futura, & solùm continentur ea quæ erant tempore dispositionis, seu contractus*, vt ex infinitis probat el señor D. Iuan del Castillo d.ca.49.n.5.& apertè probat textus in l. si ita scripsisset, & in.l.finali.§.1.ff de legat.2.l.Iulian.§ 1.ff. de liberatione legata.l.vxorem.§.1.de legatis 3. latissimè prueba todo esto Menoch.de præsump.lib.4.presumpt.126.ex nu. 6. vsque 15.donde refiere todos los textos desta materia, y dize, que procede tam in contractibus, quã in vltimis voluntatibus, y que no es dudable quando en el cõtrato se dixo expresso el tiẽpo presente, porque entonces no se comprehende lo futuro, y se remite al consejo 97 num.27 donde disputô y resoluiô esta question en la especie deste pleyto.

28 Y supuesto que todo lo que se pretende probar por los Registros es posterior al tiempo de la capitulacion, no se comprehendiò en ella, porque fue limitada a los bienes q̃ de presente tenia, y no a mas, y assi era preciso que se comprobasse que entonces tenia dinero en contado, y no bastaria que despues lo tuuiesse.

29 Y no obstarà dezir, que aunque este dinero y mercaderias le vinieron despues de casado, eran de cargazones que auia embiado antes. Porque esto no basta, pues lo que auia embiado a las Indias no lo tenia en su dominio, ni p osession, y los bienes que señalò eran los que verdadera y realmente tenia al tiempo de la capitulacion en su dominio y possessiõ, y esso significa la palabra, *tenia*, del verbo *Habeo*.l. rẽ in bonis.52.ff de acquirend rerũ dominiũ, ibi: *Rẽ in bonis nostris habere intelligimus quotiẽs possidẽtes exceptionẽ, aut amittentes ad recuperandã eam actionem habemus*.l. stipulatio ista 38 §.habere ff.de verb obli.l.habere.188.ff.de verb signif. y lo q̃ no se possee actualmẽte, no se puede dezir cõ propriedad q̃ se tiene, aunq̃ aya acciõ para cobrarlo, sed videtur habere l.id 143.ff.de verb.sig. Y aqui no hablô el General cõ impropiedad,

piedad, ni comprehendio las acciones, sino lo que real y verdaderamente tenia de presente en su dominio y possessiõ, y assi no se podrà dezir que tenia el dinero que no le avia venido, aunque tuuiesse la esperança, o vn millon en las Indias; porque aũque fuesse muy rico, no se dirà que tenia dinero estante de presente, si verdaderamente no lo tenia. assi lo aduirtiò Fontanella decis. 255. n. 1. vbi ait: *Quod pecunia nõ dicitur extare in fisco, eo quod sit diues, & semper soluẽdo, quia si id esset verum, semper apud diuites pecunia diceretur extare, quia ipsæ semper sunt soluendæ, quo nihil esset absurdius dicere.* Comprobat in specie Menochio de præsupt. lib. 4. presumpt. 138. n. 13. vers. octauus casus donde resuelve, que *quando testator legauit omnem, & quamcum; pecuniam in domo sua existentẽ, non continetur pecunia nondũ exacta, nec nomen debitoris.* Probat Beroius ex multis cons. 43. lib. 2. Puteus decis. 20. per totam: y assi auiẽdo señalado los bienes que de presente tenia, sintio solo de aquellos que *tunc extabãt in dominio, & possessione vere, & realiter.*

Que el dinero, y las mercaderias nunca pudieron quedar obligadas.

30 POr las fees de Registro que se han presentado consta que el General era hombre de negocios, y cargador, pues le vino plata y mercaderias en retorno de las cargazones, y mucha parte de los Registros son de mercaderias, y esto basta para que vno ni otro no se comprehende en el señalamiento de los bienes, ni en la obligaciõ general dellos, porq̃ en las mercaderias nunca cae la hipoteca, ni en las cosas venales, Bartol. in l. generali. §. vxore. ff. de vsuf. & est textus expressus in l. cum tabernam. ff. de pignoribus, y no ha muchos dias que se executoriô esta doctrina en esta Real Audiencia en el pleyto de D. Francisco de Auila, cõ que es la mejor autoridad que se puede traer.

31 Y el dinero en contado procedido de las mismas mercaderias, procede lo mismo: *Nam pecunia inter venales contineri dicitur.* l. vxori §. legauerat, de lega. 3. l. vlt. de cõpẽs. plures refert Menoch. d. presumpt. 138. lib. 4. n. 1. dõde resuelve, q̃ para que se comprehenda el dinero es necessario que estê in arca reposito loco præsidij. l. si chorus. §. ff. de leg. 3. ibi *Ac eos quos præsidij causa repositos habet legato contineri*: pero quando el dinero està destinado ad vsum, vel vt motuo daretur, vel ad negotiandum,

dum, nunca se comprehende, dict. l. si chorus §. 1. ibi: *Nummos ibi repositos, vt mutui darentur non esse legatos*, y asi se entiende la l. quesitũ. §. 1. ff. de leg. 3. cõprobat ipse Menoch. d. præsumpt. 178 n. 8. latè D. Frãcisco de Amaya lib 1. obseruat. cap. 16. ex n. 14. cum seqq. y esto se ajusta a este caso, porque aqui la consignaciõ de los bienes fue limitada a los que de presente tenia, y assi no se comprehende el dinero que tenia para sus tratos y cargazones, aunque constasse que lo tenia estonces, y en duda se ha de presumir que lo tenia ad vsum, y no para guardallo, vt advertit Menochio vbi proximè num. 11. & 12. y esto se prueba bien por el sucesso, pues quando murio el General no tenia ni quedô dinero en contado, como parece del inuentario que entonces se hizo.

Agrauio del rateo en los juros.

LA executoria manda, que se ratee en los 4U ducados de renta en los juros y censos, segun el valor que tenian al tiempo de la capitulacion. El Relator no guardò esta forma, porque siendo assi que las rentas del General tenia estauan impuestas y situadas a diferentes precios desde 12. hasta 20U. el millar, y deuiendo el Relator traer en cada juro o cẽso segun el valor o precio a que estaua situado y impuesto, no lo hizo, sino hizo vn valance o computo de todas las rentas y rateo, dandolas vn precio arbitrario, y esto no lo pudo hazer, sino guardar la forma de la executoria, y hazer rateo y quenta con cada juro o tributo de por si, segun su precio y valor, y en lo que hizo padecen agrauio los Acreedores, pues en el arbicrio que hizo el Relator, puede auer engaño, y haziendolo como manda la executoria, nadie tendrà quexa, pues se le darâ al Vinculo lo que le toca y no mas.

Tambien hizo otra cosa de su oficio, y sin fundamẽto, que
33 fue declarar, que la cantidad q̃ quedasse de juros y bienes para el General, se diessen insolutum a los Acreedores a razon de 20U. el millar, y esto tampoco lo pudo hazer, ni tocò a su oficio, ni ay auto ni executoria que tal mande.

Pretension de los Acreedores, sobre que se determine el articulo reseruado.

EN la capitulacion fue pacto y condiciõ expressa, que si
34 el vltimo descendiente del General muriesse sin sucession, pudiesse disponer de los 4U. ducados de renta a su libre

libre disposicion, y de las otras dos partes en obras pias.
35 Este caso llegò, porq̃ el Maesse de Campo D. Iuan de Oçaeta fue el vltimo descendiente, y murio sin sucession, y hizo testamento iure militari, y en estos 4U. ducados de rẽta, y en los demas sus bienes instituyò por su heredera vniuersal a la señora Doña Teresa de Vribe, y por su parte se pidio la possession de todos los bienes, como tal heredera: y D. Iuan de Vribe lo contradezia, porq̃ dezia que no auia dispuesto en obras pias, ni guardado la forma de la facultad, y que no auia espirado el Vinculo, y que auia llegado el caso de su llamamiento.
36 Esto dio motiuo a la transaccion que se hizo entre los dos con facultad Real, en que se paccionò que se pagassen los Acreedores en primer lugar, y lo que quedasse se repartiesse y diuidiesse entre los dos por mitad, y que la vna mitad lleuasse D. Iuan de Vribe, parte vinculada, y parte libre, y la otra mitad la lleuasse la señora Doña Teresa libremente como tal heredera.
37 En el discurso deste pleyto los Acreedores pretendieron valerse de la misma transaccion, y que por ella estaua extinguido el Vinculo de los 4U. ducados, alomenos en la tercia parte, pues quedò por bienes libres en el vltimo posseedor, y dispuso dellos. Dõ Iuan de Vribe negò el testamento del Maesse de Campo, y no lo quiso exhibir, con lo qual fue forçoso embiar a Vizcaya por el, y se presentò despues de visto el pleyto en Reuista, y salio la executoria mãdando pagar el Vinculo de los quatro mil ducados, reseruando su derecho a los Acreedores para lo que toca a la tercia parte.
38 Aora forman agrauio de la liquidacion los Acreedores, de auerle hecho pago de los 4U. ducados enteramente, sin acordarse desta pretension ni reserua, y remitirla a la Sala como se debia. Piden los Acreedores que se enmiende en quanto a esto la liquidacion, y que siendo necessario ante todas cosas se determine el articulo reseruado, pues consta del testamẽto del Maesse de Campo, y se halla comprobado, y consentido por las partes por la transaccion, pues el testamento fue el que dio la causa a ella, y mediante la institució de la herencia se diuide la herencia entre los dos, y lleua la mitad la señora Doña Teresa como heredera, y en este mismo derecho suceden los Acreedores, pues como tal heredera viene a ser deudora de todas las deudas del Maesse de Campo, y del General, y sobre este articulo no ay mas que probar, ni tienen que dezir mas los Acreedores, y no serà justo q̃ se le haga pago al dicho D. Iuã de Vribe enteramente de todo el credito, y se vaya a Vizcaya quedãdo los Acreedores

dores defraudados deste derecho, y obligados a seguir vn pleito eterno.

39 Y contra esto no obstarà dezir, que este articulo requiere conocimiento de causa, y que no se puede introduzir en la liquidacion. Porque se responde, q no ay articulo mas proprio de la liquidacion que este, pues tratandose de liquidar la cantidad del credito, y auiendole graduado con esta reserua, los Acreedores in continenti justifican su pretēsion con el testamēto, y con la transaccion: y en qualquier juizio por mas breue y sumario que sea, se admite qualquiera excepcion q se justifica incontinēti, y quien la quiere hazer pleyto, y de largo conocimiēto es Don Iuan de Vribe, solo para embaraçar la pretēsion de los Acreedores: y lo que tiene duda, y la puede tener es la cōtradicion q̄ el haze, y essa no serà admissible en este juyzio, sino la pretēsion de los Acreedores, para que se le baxe la tercia parte, pues la fundan incontinenti.

40 Y en esto se verà y reconocerà la ventaxa con que litiga Don Iuan de Vribe, pues siendo su pretension de que se le aya de ratear en dinero de contado, nueua, y tan desesperada, y tan destruyda de fundamento, presentò en la liquidacion tanta multitud de fees de Registro para liquidar la cantidad, y los informes extrajudiciales del valor de las mercaderias, y no hallò embaraço el Relator para admitirsela, y hazerle el rateo en mas de 21. qs. de contado: y para la pretension de los Acreedores, que està liquida y clara, y reseruada, huuo solo la dificultad.

41 Finalmente este articulo es preuio, y contiene daño irreparable, y està pedido debido pronunciamiento, y assi suplican justamente los Acredores se determine antes que se le haga pago a Don Iuan de Vribe de los 4U. ducados de renta, y que se euiten los pleytos que despues podrà auer: y en esto y en todo lo demas que pretenden los Acreedores, esperamos se determine en su fauor, reuocando y enmendando la liquidacion y rateo, como queda dicho. Salvo in omnibus, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.